



TITLE:

法実務家の思考－法学方法論の外側－(Abstract_要旨)

AUTHOR(S):

菊池, 亨輔

CITATION:

菊池, 亨輔. 法実務家の思考－法学方法論の外側－. 京都大学, 2017, 博士 (法学)

ISSUE DATE:

2017-03-23

URL:

<https://doi.org/10.14989/doctor.k20130>

RIGHT:

学位規則第9条第2項により要約公開

(続紙 1)

京都大学	博士（法学）	氏名	菊池 亨輔
論文題目	法実務家的思考—法学方法論の外側—		
(論文内容の要旨)			
<p>本論文は、ドイツで盛んな法律学方法論の研究が、「正しい」法解釈の方法の探求を課題とするなど、實際上、法学者の法的思考を対象としており、裁判に携わる実務家の法的思考の研究ではないという問題意識から、ドイツで長年の実務経験を経て大学教授になり、法的思考についての著作をものした二人の業績を取り上げ、ドイツの法学者からは必ずしも評価が高くない両者の見解をあえて好意的に見て、その真意と意義を解明しようとする試みである。</p> <p>取り上げられるのは、20年にわたる弁護士経験を経て主著『法律家のレトリック』（初版は1988年）を公表した現代の法律家W・ガストと、1901年に弁護士となり、生涯ベルリンで特許法・商標法専門の弁護士として活動する傍ら、1929年の『法規範と決定』により、その後長きにわたって法律学方法論者の多数派からの批判の的になったヘルマン・イザイ（1873－1938年）である。</p> <p>ガストを扱う第1章では、まず、彼の法的レトリック論が法実務には関心がないフィーヴェクに率いられたマインツ学派のそれとは相当に異なることが、前者の重点が主張の「正しさ」ではなく、「もっともらしさ」にある点に注目して解説される。ガストはレトリックを「了解を求める技術」と定義するが、他の多くのレトリック論者がレトリックの目的を「説得」に置くのに対して、彼のいう「了解」は、法律家の間での共通了解を基礎にして、相手方からの反撃をともかくも防ぐという程度で、換言すれば「渋々の了解」でかまわない、という含みをもつものであることが明らかにされる。</p> <p>ついで、書面のやり取りを含め裁判過程で了解を得る構造と技術に関するガストの見解が解明される。彼は語り手が語る文をテーゼと前提に二分し、テーゼは語り手が同意を得ようとする主張であり、前提はすでに聞き手の了解が得られているため、理由づけを必要としないものとされる。前提は聞き手に差当り受け入れられていれば十分であり、軽率な偏見に基づくものでもかまわないとされる。</p> <p>さらに、ガストのレトリック論の道具であるロゴス、エートス、パトスの内容が解明される。ロゴスには、論理学上の規則や類推、反対解釈だけでなく、循環論法や「沈黙からの論法」など、主流派法律学方法論が消極的に評価するものも含まれている。エートスは、法律家自身への信用・評判を高めることによる了解獲得の技法である。本論文の著者が最も注目するのはパトスであり、主流派法律学方法論では「ごまかし」、「悪しき意味でのレトリック」、「空虚な言い回し」、「ソフィスト的争論術」などと呼ばれてきたものが全てここに含まれる。</p> <p>以上の検討から、循環論法、結論先取論法等いわば何でもありに見える一方で、法律家の間での共通感覚に制約され、かつ支えられて、時間とコストの制約のなかで事案に適った処理を最優先する実務家のレトリックの内実を率直に表明したガストのレトリック論が肯定的に評価される。</p>			

イザイを扱う第2章では、まず、法規範と決定の二分法が解明される。イザイによると、一般的・抽象的要件を効果たる当為を結びつける規範のうち、その結びつきがRechtsgeföhle（法感情＝正の感覚）に基づくものが「法規範」とされ、他方、命令的当為を具体的事実結びつける個別的命令のうち、法感情＝正の感覚に基づいており、単なる恣意に基づいていないものが「決定」とされる。事件を分岐点として法規範は事前的、決定は事後的とされ、また、法規範は合理的であり、決定は非合理的に発生する点が強調される。さらに、法は規範の総体ではなく、決定の総体とされる。

決定の総体が法だとすれば、法規範は軽視されるかに思われるが、本論文はここで、法の安定性と予測可能性確保のためにイザイが法規範による決定の事後的コントロールないし理由づけをきわめて重視していることを明らかにする。決定の法規範によるコントロールは、「遮断」と「適応」という技術によってなされる。裁判官の決定が、事件の事実にはまるように見える法規範の効果と一致しない場合、当該規範の要件を事件の事実と合わないようにより厳格に作り上げるか、事実のほうを要件に含まれないようにより緩和的に作り上げるかすることによって「遮断」が行われる。「適応」は、それと反対の操作である。遮断の場合、そうした操作によっても決定と一致する法規範が見出せないときは、決定者自ら事後的に法規範を定立すればよいとされる。これは、諸決定からの帰納ないし抽象によって行われ、定立された法規範は後の裁判の指針となると言われる。

本論文の著者は、結果的に法規範を重視し、法規範による決定の修正さえ認めるイザイの主張は、決定のみが法であるかに語る過激な主張と裏腹に、実際に裁判官が行っている法適用の方法と殆ど異ならないという結論を下す。最後に、イザイは自由法論者かという問題について否定的な解答が提出される。

(論文審査の結果の要旨)

本論文は、ドイツの法律学方法論が、法学者が法学者のために行う法解釈方法論にすぎず、実務家の法的思考の実際を殆ど考慮していないという問題意識から、実務経験のある二人の法学者による法的思考論を取り上げ、その意義を解明しようとする試みである。二人が取り上げられた理由は、同種の著作をドイツで残した人はほかに殆どいないという事実による。

ガストは、弁護士の経験と実務感覚に基づき、判決理由や裁判で取り交わされる書面の書き方に関する技術の基礎にある、法実務家の間で共有されているコンヴェンションの一部を意識的に語る。だが、「論拠として使えるものは何でも使え」、「循環論法もありだ」、「どこが限界でどこがすわりがよいかは、実務家は皆わかっている」といった主張を、論拠としての強さに条文、法教義学、判例といった順序を付けたがる法律学方法論の文脈のなかに位置づけるのは難しい。本論文の第一の学術的意義は、学問的に扱いにくい実務家の法的思考を、「正しさ」を追求する法学者的思考と対比しつつ、その意義を積極的に評価した点にある。

イザイは、実務家としての経験から率直に語るという点ではガストと同じである。だが、その法的思考論の内容は、判決等の「決定」発生の過程を「非合理」と規定し、「法規範を適用して決定が下される」という当時の、あるいは今日までの法律学方法論の共通理解を全否定するものである。本論文の第二の学術的意義は、「法規範は法ではない」、「非合理的な決定こそ法だ」、「法の根源は法感情だ」といった一見過激な主張により、利益法学のヘックらの批判の的になったイザイが、一般条項の援用に否定的で、決定の事後的コントロールにおける法規範の役割をきわめて重視していたことを、その方法にまで深く立ち入って正確に解明し、批判者が読みもせずによくそうするように、自由法論者に分類するのは間違いであることを明らかにした点にある。「構成」と言えばすむところを「操作」と言い、「合理的」と言えばすむところを「非合理的」と言ったために、イザイは猛烈な反発を買ったが、本論文は、イザイの法的思考論が通常法律学方法論以上に法規範による拘束を重視する穏健な主張であること、また、決定の発生または発見過程へ注目する後の法律学方法論上の学派の先駆となったことを明らかにした点でも高い評価に値する。

以上の理由により、本論文は博士（法学）の学位を授与するに相応しいものであり、かつ、学界の発展に資するところが大きく、特に優れた研究であると認められる。また、平成29年2月2日に調査委員3名が論文内容とそれに関連した試問を行った結果合格と認めた。

なお、本論文は、京都大学学位規程第14条第2項に該当するものと判断し、公表に際しては、当該論文の全文に代えてその内容を要約したものとすることを認める。